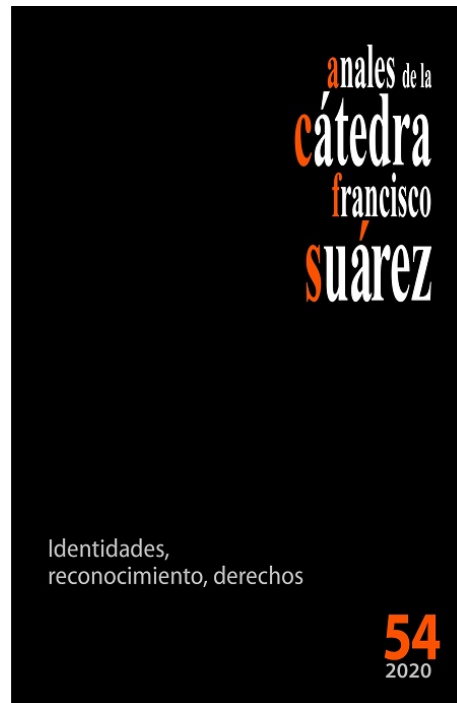


Inicio (<https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/index>)

/ Archivos (<https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/issue/archive>)

/ Vol. 54 (2020): Identidades, reconocimiento, derechos



([https://revistaseug.ugr.es/public/journals/10/cover\\_issue\\_809\\_es\\_ES.jpg](https://revistaseug.ugr.es/public/journals/10/cover_issue_809_es_ES.jpg))

## Vol. 54 (2020): Identidades, reconocimiento, derechos

Identidades, reconocimiento, derechos

**Publicado:** 2020-01-23

### Tabla de contenidos

### Monográfico

De la identidad humana a las identidades sociopolíticas: el rol del pensamiento wittgensteiniano en un desplazamiento crucial

(<https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/9355>)

Miguel Ángel Quintana Paz

**DOI:** <https://doi.org/10.30827/acfs.v54i0.9355> (<https://doi.org/10.30827/acfs.v54i0.9355>)

**Publicado:** ene 23, 2020

# LA “MATERNIDAD SUBROGADA” COMO LABORATORIO DE LA BIOPOLÍTICA

## Surrogate Motherhood as Biopolitics’ Laboratory\*

JUANA MARÍA GONZÁLEZ MORENO\*\*

Fecha de recepción: 29/03/2019

Fecha de aceptación: 14/06/2019

*Anales de la Cátedra Francisco Suárez*

ISSN: 0008-7750, núm. 54 (2020), 325-352

<http://dx.doi.org/10.30827/ACFS.v54i0.9112>

**RESUMEN** En este trabajo sostenemos que la “maternidad subrogada”, en la que hoy están focalizados buena parte de los debates en torno a las biotecnologías y la reproducción humana asistida, constituye un (otro) terreno (más) en que se despliegan los afanes biopolíticos de las sociedades (occidentales) contemporáneas. Tomando como referente los análisis de Michel Foucault en torno al *biopoder* ilustramos cómo de los distintos discursos (sociales, políticos y jurídicos) en torno a la “maternidad subrogada” se desprenden determinadas pautas dominantes que serían evidencias de un poder que se ejerce sobre la vida humana natural, no mediante la coerción sino mediante su exaltación y su incitación.

**Palabras clave:** Maternidad Subrogada, Técnicas de Reproducción Asistida, Biopoder, Biopolítica, Bioderecho.

**ABSTRACT** In this paper, we argue that ‘surrogate motherhood’, on which a large part of the debates on biotechnologies and assisted human reproduction are now focused, constitutes (another one) field (more) in which the contemporary occidental societies spread their biopolitical principles. Taking Michel Foucault’s biopower analysis as a reference, we reveal how different social, political and legal discourses around ‘surrogate motherhood’ show certain dominant patterns that would be evidence of a power exercised over natural human life, not through coercion but through his praise and incitement.

**Keywords:** Surrogate Motherhood, Assisted Reproductive Technologies, Biopower, Biopolitics, Biolaw.

---

\* Para citar/citation: González Moreno, J. M. (2020). La “maternidad subrogada” como laboratorio de la biopolítica. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 54, pp. 325-352.

Investigación desarrollada en el marco del Grupo de Investigación SEJ-587, “Economía y fiscalidad frente al envejecimiento poblacional”, financiado por la Consejería de Economía y Conocimiento de la Junta de Andalucía.

\*\* Departamento de Derecho Financiero y Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, Bulevar Louis Pasteur, 26, 29010 Málaga, [jmgmfiloder1@uma.es](mailto:jmgmfiloder1@uma.es)

## 1. INTRODUCCIÓN

No es una novedad que la “maternidad subrogada”<sup>1</sup> —“gestación por sustitución” en nuestra legislación, que la ha proscrito<sup>2</sup>— es una problemática de actualidad. Pero quizás lo sea de forma no merecida o, mejor dicho, de forma interesada. El énfasis en la problematicidad de la “maternidad subrogada” —que entendemos aquí como una práctica en la que una mujer se queda embarazada con la intención de ceder el/la niño/a a otra persona al nacer<sup>3</sup>—, y, sobre todo, el énfasis en la “complejidad” de esta problemática<sup>4</sup>, puede estar sirviendo a determinado(s) objetivo(s). Marie-Anne Frison-Roche ha explicado muy bien cómo el discurso “de la complejidad” puede servir de tapadera tanto a posturas que buscan inmovilizar la toma de decisión (sobre todo de las decisiones en contra de la “maternidad subrogada”), como a nuestra propia desidia al no adoptar una postura (Frison-Roche, 2018, pp. 3, 4). Y a estos objetivos cabría añadir un objetivo último —no menos evidente— que perseguiría ese discurso deliberadamente perturbador de “la complejidad”: la amplificación —y de paso, el control— de la vida humana natural, que es en la que está puesto el foco.

Muchas de las cuestiones que sobre la “maternidad subrogada” han surgido en los debates (mediáticos, políticos, académicos y dentro de éstos, los jurídicos), cuestiones que van desde los términos empleados para designarla hasta cuestiones más sustanciales, como su naturaleza o no de técnica de

- 
1. Son los términos que preferimos utilizar, en vez de otras denominaciones que recibe, como “gestación por sustitución” o “vientres de alquiler”, porque nuestro objetivo en este trabajo es poner un contrapunto a su caracterización como “maternidad” (social, sobre todo), y destacar su condición de campo de ejercicio del biopoder.
  2. Lo dice el artículo 10, 1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, de tenor idéntico al precepto contenido en la ley que la precedió, la Ley 35/1988, de 22 de diciembre, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida). Literalmente: “Gestación por sustitución. 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”. Otro tema son las distintas interpretaciones que han hecho los/as autores/as de este precepto, pues mientras para unos/as contiene una prohibición absoluta de la gestación por sustitución, para otros/as realiza una regulación somera. Esta última es la interpretación, por ejemplo, de Atienza (2008, p. 7).
  3. Es la definición que se da de la “maternidad subrogada” en el estudio realizado para el Parlamento Europeo por L. Brunet (dir.). *El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE*, Dirección General de Políticas Interiores, Departamento temático C: Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales, Parlamento Europeo, 2012, p. 7.
  4. Aludir a “la realidad compleja que es la gestación por sustitución”, a “la problemática compleja que suscita”, a que “la realidad ha convertido en especialmente complejo el debate”, es bastante común. Encontramos estas expresiones, por ejemplo, en: Shalev, 1992, p. 166; López, Aparisi, 2012, pp. 256, 261; Farnós, 2016, p. 199; Romeo Casabona, 2018, p. 120.

reproducción asistida y, sobre todo, sus consecuencias (el empoderamiento de las mujeres<sup>5</sup> o, por el contrario, su objetificación, ya discutidas en los años 90<sup>6</sup>, el ataque a la dignidad del ser humano que supone<sup>7</sup>o, como se discute con especial intensidad actualmente, la filiación que corresponda a los/as menores nacidos/as mediante maternidad subrogada), creemos que en realidad no son más que epifenómenos —o el camuflaje— de un poder sobre la vida o *biopoder*, como lo denominó Michel Foucault, que es el que les da su (sin) sentido.

El *biopoder* es la forma de poder que, según Michel Foucault, se habría desarrollado a partir de los siglos XVII y XVIII, un poder que se ejerce positivamente sobre la vida, que procura administrarla, aumentarla, multiplicarla, ejercer sobre ella controles precisos y regulaciones generales. De ahí que él lo designara como poder de “hacer vivir” y “dejar morir”, frente al poder soberano, que era el poder que se ejercía en negativo, el poder de vida y de muerte o poder de “hacer morir” y “dejar vivir”<sup>8</sup>. En esta recomposición foucaultiana del “hacer morir” en un “hacer vivir” —como explican Dominique Memmi y Emmanuel Taïeb—, el dominio de los cuerpos por el poder no pasa por la negación pública periódicamente (aplicación de la pena de muerte, por ejemplo), sino por su gestión en masa, mediante mecanismos disciplinarios o biopolíticos. El cuerpo “ya no es matado” sino que es normado, normalizado, sujeto sin violencia, a fines de maximización de las potencialidades, fundamentalmente económicas, de la especie (Memmi y Taïeb, 2009, p. 7).

- 
5. Es la posición de Shalev, para quien la reglamentación contractual de la “maternidad subrogada” es precisamente la que sostiene y promueve la autonomía femenina en el ámbito de la reproducción (Shalev, 1992, pp. 21, 23). Y la máxima manifestación de dicha autonomía es la asignación de un valor económico a su actividad procreativa (Shalev, 1992, p. 16).
  6. Aspecto ya abordado en el Informe de la Comisión Parlamentaria Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas (abreviadamente conocido como Informe *Palacios*), de 10 de abril de 1986, que precedió a la elaboración de la Ley 35/1988, de 22 de diciembre, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. En el Informe se decía en forma expresa que “deberá prohibirse la gestación por sustitución en cualquier circunstancia” (H, 115), y que la gestación por sustitución no respeta la unidad de valor que hay en la maternidad, crea una distorsión deshumanizadora y, además, abriría nuevas formas de manipulación del cuerpo femenino y de explotación de las mujeres. En cuanto a doctrina, pueden leerse los trabajos de Tubert (2003) y de Cambrón (2001).
  7. Como se afirma, por ejemplo, desde un sector del Bioderecho (*vid.* López, Aparisi, 2012, pp. 258, 263, 264).
  8. Puede verse con más detalle el punto 5 del volumen I. La voluntad de saber, de su libro *Historia de la sexualidad*, 1987 [1977], pp. 163-194. También: Foucault, 2012 [1976], pp. 32, 35, 95, 157-164; 2009 [1978-79], pp. 25, 31, 32.

Más precisamente, para Foucault la biopolítica, en tanto control de poblaciones —control que él también entiende comprendido en el biopoder (Foucault, 1987 [1977], p. 168)— es una tecnología del liberalismo, entendido éste como una práctica gubernamental que no se construye únicamente a través de una producción de libertades para los sujetos (que sería la visión típica liberal), sino mediante la racionalización del ejercicio del poder, según la regla interna de la economía máxima. Por eso él consideraba que el liberalismo político (así entendido) y el liberalismo económico iban de la mano. Para Foucault —explica Ba Sene (2017, pp. 121, 122)— el mercado impregna otros ámbitos (políticos, filosóficos y éticos), de manera que éstos se construyen según los principios de la economía de mercado.

Unos planteamientos, todos estos, que pensamos que aún sirven para la comprensión de nuestras realidades contemporáneas y, particularmente, de la “maternidad subrogada”, aunque hayan sido poco utilizados tanto en este tema, como, en general, en temas relacionados con la reproducción humana<sup>9</sup>. El objetivo de este trabajo ha sido, por tanto, adoptar los planteamientos de Michel de Foucault como marco teórico de referencia para demostrar nuestra tesis de partida, que es la de que la “maternidad subrogada” se ha constituido en el campo de operaciones de un poder que tiene como objetivo la vida humana natural (esto es, puramente biológica), y que se ejerce sobre ella no por medio de la coerción o la sanción sino por medio de la incitación, del reforzamiento, del control, del aumento y organización de las fuerzas. Como vamos a ver a continuación, de la “maternidad subrogada” en tanto práctica y de los distintos discursos que abogan por su legalización se desprenden una serie de evidencias que no son sino distintas facetas —las partes más visibles— del iceberg del *biopoder*, del afán por la preservación y el crecimiento de la vida humana, que sigue imperando en las sociedades (occidentales) contemporáneas.

## 2. LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO UNA “TÉCNICA” PARA RESOLVER UN PROBLEMA DE SALUD

Una primera forma en que la “maternidad subrogada” aparece (re) presentada en los discursos es como una “técnica de reproducción asistida” que permite resolver problemas de salud como la esterilidad o la inferti-

---

9. Estudios en que se analiza el control de natalidad, el aborto, el diagnóstico fetal y las tecnologías reproductivas desde la óptica de la biopolítica son los siguientes: Mills, 2017; Deutscher, 2008; Chetouani, 1995; Memmi, 2003a, 2003b, 2006; Memmi; Taieb, 2009; Angeloff, 2015. En relación a la maternidad subrogada, concretamente, puede verse Fassin, 2012, y en cuanto a estudios en castellano, Amador, 2010; y Balza, 2018.

lidad. Una (re)presentación a la que ha contribuido su inicial ubicación normativa, aun para prohibirla o negarle eficacia, entre las técnicas de reproducción asistida. Esta ubicación es la que le da el Informe de la Comisión Parlamentaria Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas (*Informe Palacios*), de 10 de abril de 1986, que precedió a la elaboración de la Ley 35/1988, de 22 de diciembre, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y la que luego mantendría esta Ley, al declarar nulo el contrato de gestación por sustitución (art. 10, 1) así como la Ley actualmente vigente, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, LTRHA), que conserva dicho precepto con el mismo tenor.

La “maternidad subrogada” es abordada también en relación con las técnicas de reproducción asistida en las legislaciones de los escasos países de la Unión Europea que la han admitido (Reino Unido, Grecia, Portugal), siempre que motivos de salud impidan a las “madres genéticas” llevar a cabo la gestación o la hagan desaconsejable; y es considerada como una técnica de reproducción asistida en las iniciativas legislativas que en España se han planteado para su legalización<sup>10</sup>. Asimismo, un sector de la doctrina jurídica la califica como una “técnica” que resuelve la infertilidad —técnica

---

10. En concreto, en el art. 2 de la Iniciativa Legislativa Popular para la legalización y la regulación de la gestación subrogada, promovida por la Asociación por la Gestación Subrogada (en adelante, ILP) [consultada: 5/6/2018]: <http://www.gestacionsubrogadaenespana.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/proposicion-de-ley>; en la Exposición de Motivos, 4.º párrafo de la Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, sobre la creación de un marco regulatorio para la gestación subrogada (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie D: General, X Legislatura, 23 de febrero de 2015), en adelante, PUpD; también en el propio nombre de la Proposición no de Ley 51/2016, presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos, con el objeto, en última instancia, de instar al Gobierno de la Nación a impulsar una Ley de regulación de Gestación Subrogada que garantice los derechos de todas las personas intervinientes en el proceso y, de forma especial, a los menores fruto de esa técnica de reproducción (Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid, número 49, de 10 de marzo de 2016), así como en diversos preceptos de la Proposición de Ley n.º 122/000117, reguladora del derecho a la gestación por subrogación, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos en el Congreso de los Diputados, de 2017 (Boletín Oficial de las Cortes Generales, XII Legislatura, Serie B: Propositiones de Ley, 8 de septiembre de 2017), que abreviaremos como PLCiudadanos. En esta última, la “gestación por subrogación”, también es considerada como una “técnica”, si bien presenta de forma ambigua a quienes pueden recurrir a ella— “el progenitor o progenitores subrogantes deberán haber agotado o ser incompatibles con las técnicas de reproducción asistida”, según su art. 4 y también el párrafo II del Preámbulo, primer párrafo—, quizás porque se quiere contemplar a la gestación por subrogación no sólo como técnica para resolver un problema de salud sino también como procedimiento alternativo de reproducción.

que se estima como *inexorable*<sup>11</sup> y en expansión y que, por ello, debe ser legalizada—, e incluso se propone que la legislación que la legalice (valga la redundancia) incluya la exigencia de una certificación médica en la que se confirme la imposibilidad de gestación de la mujer que forme parte de la pareja solicitante o mujeres que constituyan una pareja del mismo sexo<sup>12</sup>.

Es calificada también como técnica de reproducción asistida —más aún, como “técnicas de gestación por sustitución”— por la Dirección General de los Registros y Notariado (DGRN) en las resoluciones e instrucciones en que ha venido pronunciándose, aun a sabiendas de lo establecido en nuestra legislación (nulidad del contrato de gestación por sustitución), a favor de la inscripción de las actas de nacimiento extranjeras en el Registro Civil español de los/as menores nacidos/as en el extranjero por “maternidad subrogada” a favor del padre o padres comitentes<sup>13</sup>, una práctica administrativa (la de admitir dicha inscripción) que el Tribunal Supremo ha considerado que no es correcta porque contraviene nuestro orden público internacional<sup>14</sup>.

- 
11. Prácticamente esta calificación está extendida en la doctrina. Por citar algunos ejemplos diremos que Farnós la incluye entre las técnicas más de reproducción asistida, respecto a las que afirma que “en un mundo globalizado la posibilidad de acceder al tratamiento ya es una realidad imparable” (Farnós, 2015, pp. 179, 191-197). En la misma línea, entre otros/as autores/as: *vid.* Romeo Casabona, 2018, p. 117; Lamm, 2012, p. 18; Igareda, 2015, p. 16; Puigpelat, 2008, p. 173.
  12. *Vid.* por ejemplo, Vela (2011, p. 8).
  13. En virtud de la Resolución de 8 de febrero de 2009 de la DGRN, para proceder a dicha inscripción bastaba, primeramente, una certificación registral expedida por las autoridades del lugar de nacimiento de los/as menores y, después, tras la anulación judicial de esta Resolución y de la inscripción registral practicada en ejecución de la misma, la DGRN dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE de 7 de octubre de 2010) según la cual era necesario una resolución judicial del país de origen del menor que acreditare que no se había producido una vulneración especial del interés del menor y de los derechos de la madre gestante. En esta Instrucción los términos que utiliza la DGRN, concretamente, son los de “técnicas de gestación por sustitución” (*Vid.* su Instrucción de 2010, ya citada, directriz Primera, 1).
  14. En la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 835/2013, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2014 (*Tol* 4.100.882) se confirma la anulación, realizada por tribunales inferiores, de la Resolución de 8 de febrero de 2009 de la DGRN en la que ésta había optado por admitir la inscripción en el Registro Civil consular de los/as niños/as nacidos/as en el extranjero por gestación por sustitución sobre la base del argumento del principio de prevalencia del interés del menor —junto con el derecho de los/as menores a una identidad única—. Para las instancias jurisdicciones inferiores, en concreto, para el Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia (en su sentencia núm. 193/2010, de 15 de septiembre), la satisfacción del interés del menor no puede hacerse infringiendo la Ley, y para la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª (sentencia núm. 826/2011, de 23 de noviembre), la aceptación de la inscripción vulnera el orden público internacional pues iría contra principios como el

Ahora bien, dejando a un lado la valoración del proceder de unas y otras instancias según su conformidad o no a lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico, lo que podemos destacar aquí, desde el enfoque del que partimos, es que la óptica de la salud, que es la que se ha utilizado para legitimar las biotecnologías y de las técnicas de reproducción asistida —legitimación que se quiere hacer extensiva a la “maternidad subrogada”—, es una óptica biopolítica. Obedece a la indiscutible la centralidad que la vida y la salud han cobrado en nuestro tiempo, en general<sup>15</sup> y por esto mismo, genera menos resistencias. Pero no está exenta de cuestionamientos. La “esterilidad” o la “infertilidad” que legitiman el recurso a las técnicas de reproducción asistida— y que se quiere ahora que legitimen el acceso a la “maternidad subrogada”—, son más bien conceptos contruidos —y no precisamente bien definidos— por los discursos médicos<sup>16</sup> ni tampoco en la doctrina que aboga por ella<sup>17</sup>. Se han contruido desde la perspectiva de la carencia (esto es, como defectos de la persona o carencias), y esta perspectiva no por compartida (por buena parte de la doctrina e incluso por los/as usuarios/as de estas técnicas, principalmente las mujeres<sup>18</sup>) resulta menos criticable. Presupone un concepto de lo que se considera normal o situación de satisfacción; y, por otra parte, habría que ver qué es la carencia, cuál es la situación de total satisfacción y, sobre todo, quién define lo normal y lo que no lo es, una definición que, como ya nos dijera Foucault, está siempre imbuida de poder (Foucault, 2012 [1976], pp. 212, 215, 224).

La construcción de la esterilidad o la infertilidad como carencias, además, no es inofensiva: propicia la medicalización de las mujeres. Determina,

---

de que las personas y los/as niños/as específicamente no pueden ser objeto de transacción o comercio, y contra el principio de respeto de la dignidad de la persona. Sin embargo, se ha criticado la argumentación del Tribunal Supremo por realizar en su sentencia una valoración del orden público internacional en abstracto cuando esta valoración debe hacerse teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto (*vid.* Álvarez González, 2017, pp. 174, 175).

15. *Vid.* Arendt, 2011, pp. 331-337; Heller y Fehér, 1995, pp. 69-82.
16. Según Cambrón, la esterilidad (que es equiparada a “patología”) es confundida con la infertilidad. La esterilidad, la infecundidad son definidas con ambigüedad por parte de la ciencia médica, que da cabida no sólo a quienes son estériles sino también a quien tenga el deseo de acceder a la maternidad sin necesidad de mantener relación coital previa, lo que pone de manifiesto el carácter normativo del discurso médico, y dichas imprecisiones se trasladan al ámbito jurídico (Cambrón, 2001, p. 4).
17. Algunos/as autores/as incardinan en ella los casos de infertilidad no sólo patológica sino funcional, de parejas heterosexuales u homosexuales (*vid.* Romeo, 2018, pp. 119, 120).
18. *Vid.* Quelart, Raquel. Una pareja mileurista explica cómo tuvo una hija con un vientre de alquiler. *La Vanguardia*, 23/1/2013. En: <http://www.lavanguardia.com/vida/20130123/54362238909/entrevista-iolanda-anges-ventre-alquiler.html/>). Consultada: 16/03/2019



junto con a la construcción del deseo de hijo/a, la propia identidad de las mujeres, que viven la esterilidad o la infertilidad como fracaso existencial y que, por tanto, se ven abocadas a hacer todo lo posible para remediarlo, ahora recurriendo a la “maternidad subrogada”<sup>19</sup>. Sin embargo, son sobre todo las mujeres “gestantes por subrogación” las que cargan con el peso de las contradicciones que encierra la óptica de la salud. Así, son criterios de salud que lindan con lo eugenésico, los que se utilizan en su selección —de los que dan una idea las iniciativas legislativas presentadas en España para su legalización<sup>20</sup>— mientras que no se tienen en cuenta los riesgos que para su vida y su salud puede suponer el embarazo (por subrogación) y el posterior parto; aparte de que durante el embarazo las mujeres “gestantes por subrogación” son sometidas a controles que van más allá de lo físico. Unos controles —biopolíticos, en definitiva, recordemos a Foucault— que ya los realiza el mercado y que se quiere que sean legitimados por el Estado, cuando se aboga por la legalización de la “maternidad subrogada”.

### 3. LA CENTRALIDAD OTORGADA A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, COMO “BIOPOLÍTICA DELEGADA”

La “maternidad subrogada” no sólo es vista como una “técnica de reproducción asistida” que ayude a tener hijos/as a quienes no pueden hacerlo por problemas médicos. Ya en los años 90 (del siglo pasado) fue considerada como una forma de ejercicio de la libertad (reproductiva), y que, al mismo tiempo, reforzaba la libertad (reproductiva), fundamentalmente de las mujeres una libertad que se plasmaba en un contrato (el contrato de “gestación por subrogación” o el “contrato de maternidad subrogada”<sup>21</sup>). Y, en estos últimos tiempos, además de mantenerse esta per-

---

19. El que las personas que sufren problemas de infertilidad tiendan a acudir más a ésta que a la adopción (a la que sólo recurre una minoría), como refiere Lamm (2012, p. 9), no obedecería a los deseos reales de las personas, sino a deseos que son contruidos por el sistema. No sin razón se ha calificado a nuestra civilización como la “civilización del deseo” (*vid.* Lipovetsky, 2007, p. 7). Y también se habría dado lo inverso: la “maternidad subrogada” ha amplificado el deseo de hijo y el sentimiento de carencia.

20. En el caso de las iniciativas legislativas, los requisitos son tener “buen estado de salud psicofísica”, un “buen estado de salud mental”, “haber gestado, al menos, un hijo sano con anterioridad”, “no tener antecedentes de abuso de drogas o alcohol”, entre otros. *Vid.* la PLCiudadanos, art. 7.1 letras c), d), e), i)).

21. Es lo que afirmaba Shalev (1992, pp. 21, 23).

cepción<sup>22</sup>, se ha extendido la idea de que constituye el último recurso que tienen hombres solos o parejas formadas por dos hombres, para tener hijos/as<sup>23</sup>. De ahí que se trate de fundamentar, en aras a su legalización, en el derecho a fundar una familia, o en el derecho a la reproducción, adoptando para ello una terminología ambigua, como es la que utilizan las iniciativas legislativas a la hora de designar a los titulares del denominado “el derecho a la gestación por subrogación”<sup>24</sup>.

No obstante, pese a las ambigüedades, hay resistencias a aceptar que la “maternidad subrogada” esté incluida en el derecho a fundar una familia<sup>25</sup>; se cuestiona en qué medida la “maternidad subrogada” conecta con las exigencias prioritarias de los seres humanos que se desprenden de la dignidad o de la libertad, que son las exigencias que se entiende que catalizan los derechos<sup>26</sup> o, si más bien, como sostiene otro sector de la doctrina, estamos ante un mero deseo de paternidad/maternidad<sup>27</sup>; y, por último, no está reconocido en el ordenamiento jurídico español el derecho a la reproducción, en el que se quiere situar su fundamento<sup>28</sup>.

Sobre todo, creemos que es la calificación (discutible) de la “maternidad subrogada” como una “técnica de reproducción asistida”, la que

- 
22. En el sentido de que se interpreta en la doctrina que la denegación de esta práctica constituye una denegación de la autonomía de las mujeres, de su toma de decisiones. *Vid.*, entre otros/as autores/as, Atienza (2008, p. 5).
  23. Así, por ejemplo, Farnós (2016, p. 204) señala que los acuerdos de gestación por sustitución son la única forma por la cual los hombres solos o las parejas de dos hombres puedan acceder a las TRA para hacer realidad su proyecto parental, equiparando, como puede apreciarse, la gestación por sustitución a las técnicas de reproducción asistida.
  24. Es el caso de la PLCiudadanos (*vid.* su art. 4 y también el párrafo II del Preámbulo, primer párrafo).
  25. Concretamente, en el Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015, sobre incidente de nulidad de actuaciones promovido contra la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (referenciada en la nota 15) se expresa que: “Como todos los derechos, el derecho a crear una familia no es ilimitado y no incluye la facultad de establecer lazos de filiación por medios no reconocidos como tales en nuestro ordenamiento jurídico, siempre, naturalmente, que esta falta de reconocimiento no sea contraria a las exigencias constitucionales ni, en general, al orden público internacional español, y respete las exigencias del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales” (Fundamento de Derecho Quinto, punto 2, tercer párrafo).
  26. De forma más amplia, aunque teniendo a la dignidad y la libertad como el núcleo del fundamento de los derechos, puede verse: Peces Barba, 1995.
  27. Como se sostiene tanto en la doctrina (*vid.* por todos/as: Salazar, 2017, pp. 79-120), como en los movimientos de mujeres en contra de la “maternidad subrogada”. Puede leerse, en concreto, el Manifiesto *No somos vasijas* [consultada: 20/1/2019]: <http://nosomosvasijas.eu>
  28. Es un derecho que se formula a nivel doctrinal (Alkorta, 2006, p. 13), y en este sentido, los/as autores/as hacen esfuerzos argumentativos para fundamentarlo en otros derechos y valores sí reconocidos en la Constitución.

está pesando en esta otra (re)presentación de la misma como ejercicio de determinados derechos, y la que ha llevado a interpretar que la denegación del acceso a dicha “técnica” —en cuanto “técnica”, sería “neutral” y, en consecuencia, a ella podrían recurrir tanto mujeres como hombres<sup>29</sup>—, como una discriminación respecto a los hombres. Una interpretación que debe ser revisada. A nuestro juicio, porque supone desconocer que si nuestra legislación posibilita a las mujeres acceder a las técnicas de reproducción asistida<sup>30</sup> es en mérito a la especificidad de las mujeres en ejercicio de la reproducción, una especificidad que no es sólo biológica o “natural” (no se reduce al hecho de que “las mujeres gestan y los hombres, no”) sino que es también estructural, es construida (por la interacción de factores de muy diverso tipo: sociales, políticos, ambientales<sup>31</sup>), y esa especificidad no tiene simetría con el ejercicio de la reproducción en el caso de los hombres.

Es también esa especificidad la que no se tiene en cuenta en la configuración contractual de la “maternidad subrogada”, que es la configuración que han adoptado los países que la han permitido<sup>32</sup>, bien en una modalidad remunerada o altruista, así como en las iniciativas legislativas en España<sup>33</sup> y en el sector de la doctrina partidario de su legalización. La “maternidad subrogada” es catalogada como una forma de ejercicio de libertad que se arbitra mediante un contrato en que intervienen dos partes, de un lado, los/as madres/padres comitentes y, de otro, las mujeres “gestantes por subrogación”, dos partes que intervienen en libertad y en igualdad de condiciones. Pero la gran pregunta es si, en este esquema contractual, que es el preferido para regular la “maternidad subrogada”<sup>34</sup>, realmente es libre la mujer “gestante”<sup>35</sup>.

---

29. *Vid.* por todos/as: Emaldi, 2018, p. 123.

30. En concreto, nuestra legislación ha franqueado el acceso a las técnicas de reproducción asistida a las parejas formadas por personas de distinto sexo, tanto si están casadas como si no, a las mujeres sin pareja, con independencia de que tengan problemas de fertilidad o no, y las parejas formadas por dos mujeres, tanto si están casadas como si no.

31. *Vid.* González, 2017, p. 19.

32. Algunos Estados de Estados Unidos, Reino Unido, Grecia, Portugal.

33. Puede verse su configuración como derecho que se instrumenta por medio de un contrato en la PLCiudadanos.

34. *Vid.* Farnós (2016, p. 224) para quien los acuerdos de GS deberían poder someterse a los esquemas del derecho de contratos. Por su parte, Quiñones considera que el contrato de sustitución no es como cualquier contrato, fundamentalmente para precisar que una cosa es el tratamiento (contractual) de la “maternidad subrogada” y otra diferente, la filiación que ha reconocerse a los/as menores nacidos de esta práctica, filiación que no sería disponible por contrato (*vid.* Quiñones, 2017, p. 208), sin embargo esta autora no llega a cuestionar la configuración contractual dada a la “maternidad subrogada”, aspecto que venimos criticando en este trabajo.

En este sentido, la autonomía, que tiende a quedar reducida a “prestación de un consentimiento libre e informado” —consentimiento que para los/as defensores/as de la maternidad subrogada debería ser irrevocable<sup>36</sup>—, puede no darse en realidad. Son muchos los condicionantes personales y estructurales (no sólo económicos, que son a los que se suele prestar más atención, sino también sociales, políticos e ideológicos), de la autonomía de las mujeres “gestantes”, condicionantes que, desde la óptica del contrato, inspirada en un concepto liberal de libertad, como libertad del yo, que no conoce límites, como libertad de un yo sin vínculos con otros sujetos, un yo descarnado<sup>37</sup>, no interesan y, además, es difícil dar cuenta de ellos.

Es dudoso que los/as profesionales sanitarios/as, que son quienes, en las legislaciones e iniciativas legislativas deben verificar si las mujeres “gestantes por subrogación” reúnen las condiciones médicas requeridas, puedan dar cuenta de condicionantes de esa naturaleza tan diversa con mecanismos limitados como son el relato autobiográfico que hace el/la paciente o los documentos de consentimiento informado<sup>38</sup>. Y en el caso de los/as notarios/as, a quienes en las iniciativas legislativas en España se encomienda la verificación de los requisitos de capacidad exigidos, su función parece haber sido limitada, de entrada, a comprobar si, en relación a la “gestación de sustitución” realizada en otros países, se han prestado los consentimientos irrevocables o, si no fuera así, si han transcurrido los plazos de revocabilidad, no a verificar si la participación de la mujer “gestante” en el contrato de gestación por subrogación fue realmente libre<sup>39</sup>.

Es difícil también que los/as jueces/zas puedan ser los/as garantes de la autonomía de las mujeres, como parece suponer la DGRN en sus instrucciones, a favor de la inscripción en el Registro Civil del nacimiento y filiación de los/as niños/as nacidos/as en el extranjero por maternidad subrogada, sobre la base de una resolución judicial del país de origen del/a menor que acredite que no se ha producido una vulneración especial del

---

35. Como señala Corral García: “He ahí la gran pregunta: ¿realmente es libre la mujer gestante? ¿No se estará aprovechando Occidente —mujeres que quieren ser madres solteras, parejas de gays y de lesbianas en las cuales ninguna de ellas pueda quedarse embarazada— de la necesidad económica de las mujeres indias...? (Corral, 2013, p. 58).

36. Es lo que sugieren algunos/as autores/as (*vid.* por ejemplo, Farnós, 2016, p. 229) y las iniciativas legislativas (*vid.* la PLCiudadanos, art. 9.2, letra b)).

37. Esta crítica es la que hacen Pateman (1995, p. 284.) y Pitch (2003, pp. 72, 73), quienes estiman que el concepto imperante de autonomía, concepto que atribuyen a Kant, es un concepto trascendental (de autonomía como racionalidad) que presupone un modelo de sujeto solipsista, atomizado, sin vínculos.

38. *Vid.* Camps, 2011, p. 12.

39. *Vid.* los términos de la ILP.

interés del menor y de los derechos de la madre gestante<sup>40</sup>. Creemos que con esta práctica administrativa —que parte de la doctrina sigue considerando que no salva la objeción de que la “maternidad subrogada” está en contradicción con nuestro orden público internacional<sup>41</sup>—, aunque las sentencias extranjeras en que se establece la filiación de los/as menores resultaran de un procedimiento judicial llevado a cabo en el país de origen, los/as jueces/zas se limitan (*tienen que limitarse*) en dichos procedimientos a aplicar las legislaciones vigentes en su país, legislaciones que pueden no contemplar la exigencia del “consentimiento libre e informado” de la mujer “gestante” en el “contrato de subrogación”. Por otra parte, es criticable la pauta contenida en instrucciones de la DGRN en relación a procedimientos de reconocimiento de la filiación de los menores, concretamente la pauta de optar por deducir el consentimiento de la madre “gestante” en la adopción (del menor) del supuesto consentimiento prestado por aquélla en el contrato de subrogación<sup>42</sup> —vinculando así el contrato de “maternidad subrogada” con la filiación de los/as menores<sup>43</sup>—, cuando el consentimiento de la madre “gestante” prestado en el marco de dicho contrato puede (pudo) estar viciado.

Poner el énfasis en que las mujeres “gestantes” actúan o han actuado libremente —énfasis que escasamente se compadece con la previsión de la

---

40. Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, ya citada, directriz Primera 1.

41. Cabe preguntarse, dice Álvarez González, si la práctica administrativa de la DGRN está aplicando correctamente el ordenamiento jurídico español (todo el ordenamiento jurídico y no la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010) (Álvarez, 2013, p. 243). Otros/as autores/as señalan que, aun habiendo sentencias extranjeras, no debe reconocerse automáticamente la filiación establecida, porque reconocer dichas sentencias significa de todas formas aceptar la maternidad subrogada como práctica compatible con los derechos humanos, cuando no lo es (*vid.* Lara, 2018).

42. Así en la Instrucción de 14 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, directriz Tercera. Instrucción dejada sin efecto por el Gobierno, donde se recalca la obligación que tiene el Gobierno de preservar y proteger los derechos de las madres biológicas involucradas en el proceso, independientemente de su nacionalidad, así como de proteger el interés superior del menor (Gobierno de España: “Justicia deja sin efecto la instrucción enviada a los registros consulares sobre gestación subrogada en el extranjero”, 16 de febrero de 2019, <http://lamoncloa.gob.es> [Consultada: 10/6/2019]).

43. Una vinculación que resulta paradójica cuando una de las estrategias argumentativas para admitir (o demandar la admisión) de la inscripción de la filiación de los/as menores nacidos/as por maternidad subrogada suele ser la de separar las cuestiones: por un lado, la inscripción en los registros civiles para proteger el interés del menor, y, por otro, la (in) validez del contrato de maternidad subrogada, contrato que contraviene el orden público en los países en que está previsto que dicho contrato es ineficaz o en los que la maternidad subrogada está prohibida expresamente.

irreversibilidad del consentimiento, porque sería contradictoria con la idea de autonomía (recuérdese aquí a John Stuart Mill (1991, p. 135)— puede ser más bien una cuestión de orden biopolítico. Más que verificar si se da o no una auténtica autonomía se remite a los individuos (en este caso, a las mujeres, que se presuponen sujetos capaces de reflexividad y de discurso sobre sus propias elecciones y de autonomía frente a todo conflicto, interno o externo), la responsabilidad por sus propias acciones. Esta vía de la no injerencia (estatal) en la libertad y de remitir a los individuos, acorde con la “lógica” empresarial que les permite convertirse en empresarios de sí mismos<sup>44</sup>, lógica a la que sirve perfectamente “el contrato”, puede constituir una forma de “biopolítica delegada”. Es a través de las propias mujeres “gestantes” y, en último extremo, de los/as médicos/as —y a los que aquí añadimos, los/as notarios/as—, que son quienes tienen que intervenir, necesariamente, no por medio de la fuerza, sino de la palabra, a través de los que actúa el control (Memmi, 2006, p. 55; Memmi y Taïeb, 2009, p. 13).

#### 4. LA ESCISIÓN DE LAS MUJERES Y LA FOCALIZACIÓN EN NUESTRAS CAPACIDADES BIOLÓGICAS

Otro aspecto a destacar de los discursos sobre la “maternidad subrogada” es su interés por la dimensión meramente biológica de la vida de las mujeres. Como lo demuestran, de entrada, los propios términos utilizados tanto en las iniciativas legislativas para su legalización como por la doctrina favorable a la misma, al designar la “maternidad subrogada” (“útero sustituto”, “gestación por sustitución”, o “vientres de alquiler”), y las referencias al cuerpo, a la función de gestación<sup>45</sup>, a la capacidad generativa, a la capacidad de gestar de las mujeres<sup>46</sup>, o de ceder el uso del útero<sup>47</sup>, a la hora

---

44. Como Foucault denuncia, la lógica liberal se traduce en que la forma empresarial es la que rige la relación del individuo consigo mismo (Foucault, 2009).

45. Puede verse la definición del contrato de gestación por sustitución en el art. 1.2.d) de la ILP, y también la PLCiudadanos, en concreto, el propio nombre de la Proposición de Ley, y su texto, el cual alude a que los progenitores subrogantes *gestan*, por la intermediación de otra persona, y a que la mujer “gestante” facilita la *gestación* a favor de los subrogantes (Las cursivas son mías).

46. Es lo que señala Souto Galván, que en la gestación por sustitución no se comercializa al hijo sino simplemente la capacidad generativa de una mujer (que tiene el derecho a disponer libremente de su cuerpo) (Souto Galván, 2006, p. 195).

47. Vid. Igareda (2015, pp. 11, 13, 15) quien, además de calificar la gestación por sustitución como una cesión del uso del útero, considera dicha cesión cercana a la donación de gametos. Una aproximación que también se encuentra en Farnós (2016, pp. 225, 227). Sin

de dar una definición de “maternidad subrogada” y de concretar cuál sería el objeto del “contrato de gestación por subrogación”.

Pero frente a quienes consideran que en la “maternidad subrogada” con lo que se está tratando es con las “capacidades biológicas” de las mujeres, y en que la misma consiste en una donación o cesión de la capacidad reproductiva o una cesión útero, similar a la donación de órganos o a la donación de gametos<sup>48</sup>, hay que tener en cuenta también que la “maternidad subrogada” supone una patrimonialización del cuerpo humano y de partes del mismo que está prohibida<sup>49</sup>, y un atentado contra la dignidad de las mujeres “gestantes” porque supone su instrumentalización —contraria al sentido de la dignidad como autonomía moral, como exigencia de no instrumentalización, de no objetificación de la persona, conforme al imperativo categórico kantiano— para satisfacer los deseos de paternidad/maternidad de otros/as<sup>50</sup>. E incluso, para un sector de la doctrina feminista, el “contrato de subrogación” iría más allá de esto porque tiene implicaciones políticas: la subrogación es “otra disposición del contrato sexual, como una nueva forma de acceso y de uso de los cuerpos de las mujeres por parte de los varones”, ha dicho Pateman<sup>51</sup>.

La focalización en lo biológico fractura la subjetividad de las mujeres, que incluye el cuerpo y el alma, todo aquello que hace de nosotras lo que somos, no sólo el espíritu, la racionalidad, sino también nuestro cuerpo y nuestro sexo, ha recalcado Pateman<sup>52</sup>. La “maternidad subrogada” supone escindir —repitiendo la pauta clásica, racionalista, moderna— las dimen-

---

embargo, es discutible que ambas prácticas versen sobre el mismo objeto, o que tengan las mismas consecuencias para las mujeres.

48. Vid. Igareda, 2015, p. 11.

49. De hecho, en una serie de disposiciones se expresa que el cuerpo humano y sus partes están fuera del comercio de los hombres (*vid.* los artículos 4 y 21 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, de Oviedo, de 1997, y el artículo 3, 2 c) de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), y no pueden ser objeto de contrato (artículo 1271 del Código Civil español).

50. Sobre la mercantilización del cuerpo de las mujeres gestantes y de sus partes y sus funciones, *vid.* la Resolución 2015/2229 (INI), de 17 de diciembre de 2015, del Parlamento Europeo, y en la Resolución sobre las prioridades y líneas generales del nuevo marco político de la UE para combatir la violencia contra las mujeres (2010/2209(INI), de 5 abril de 2011, punto número 20, también del Parlamento Europeo.

51. Pateman manifiesta también que “la denominación de maternidad “subrogada” tiene poco que ver con la maternidad tal como generalmente se la entiende (Pateman, 1995, p. 288). Precisamente, según esta autora, el que se haya configurado de modo contractual es lo que hace de ella un aliado del patriarcado, más que un enemigo del mismo (como supusieron los teóricos contractualistas que iba a ser el efecto del contrato frente al estatus). *Vid.* Pateman, 1995, p. 305.

52. *Vid.* Pateman, 1995, p. 284.

siones biológica, corporal y psíquica de las mujeres (Pitch, 2003, p. 6); se escinde el cuerpo (de las mujeres), la capacidad de gestar, respecto al espíritu. Y, al mismo tiempo, se desvalora —o banaliza— no sólo el cuerpo de las mujeres sino incluso el proceso de embarazo o la gestación.

Unas escisiones a las que se suma otra: la escisión de la maternidad entre maternidad *biológica* (también denominada gestacional), maternidad *genética* y maternidad *social*. Esta distinción de maternidades, que habría sido propiciada por las tecnologías reproductivas<sup>53</sup>, sirve a quienes defienden la maternidad subrogada para considerar a ésta como una nueva forma de paternidad y maternidad social, y en concreto, para sostener que con ella se evita el esencialismo, el encasillamiento de las mujeres en su “función natural” de madres<sup>54</sup>. Sin embargo, no está claro si la distinción mencionada tiene correspondencia con la realidad si tenemos en cuenta lo que expresa Pérez Sedeño: que son los discursos —entre ellos los científicos— los que, siguiendo la pauta que impera en las biotecnologías (el determinismo genético, que *gana* una vez más al influjo del medio ambiente), habrían extendido la creencia de que las madres “gestantes” no aportan ningún “material genético”, es decir, de que sólo son “gestantes”, cuando el medio en que se desarrolla el feto es el útero de la madre de sustitución, a través del cual se alimenta y crece (Pérez Sedeño, 2017, p. 35). Con independencia de la artificialidad o no de la escisión de la maternidad, insistir en el supuesto esencialismo o reducción de las mujeres a su función natural de madres que se deriva de no legalizar la “maternidad subrogada”, significa también negar la especificidad que el ejercicio de la reproducción —y el embarazo— reviste para las mujeres. O dicho de otro modo: estar en contra de la “maternidad subrogada” no significa pensar en las mujeres únicamente como reproductoras naturales de la especie sino precisamente tener en cuenta que el ejercicio de la reproducción en las mujeres tiene una especificidad que no

---

53. Es la distinción que hace Shalev (1992, p. 20) y que siguen otras autoras. Así, la distinción entre maternidad genética y maternidad biológica se encuentra en Igareda (2015, pp. 13, 18). Por su parte, Farnós señala que “la GS (gestación por sustitución) gestacional disocia maternidad genética y gestacional” (Farnós, 2016, p. 196) y según ella, en esta modalidad de gestación por sustitución gestacional no hay vínculo genético entre el nacido y la gestante, lo que minimiza los riesgos, cuando nace el bebé, de que ésta se niegue a entregarlo a la persona o personas comitentes (Farnós, 2016, p. 197).

54. *Vid.* por ejemplo, Farnós (2016, p. 229), para quien permitir revocar los acuerdos de gestación por sustitución en cualquier momento contribuye a una visión estereotipada de la mujer, basada en la exaltación de experiencias como la gestación y el parto, o Igareda (2015, p. 2015) que señala que quienes consideran la gestación por sustitución una violación a la dignidad de la mujer, están una vez más identificando la capacidad gestacional de la mujer con su señal de identidad como persona.



es sólo biológica o “natural” sino también estructural, construida, como hemos dicho más arriba, y en esa especificidad, lo biológico, lo natural está presente, ciertamente, y es difícil de deslindar de lo social o lo cultural<sup>55</sup>.

Por todo ello, las legislaciones e iniciativas legislativas<sup>56</sup> en las que se quiere que la madre de sustitución aporte sólo la gestación pero no sus óvulos —propuestas que, en algunos casos van acompañadas de otras en favor del reconocimiento del vínculo de filiación entre los/as menores nacidos/as mediante “maternidad subrogada” y la madre comitente, como veremos en el siguiente epígrafe—, nos parecen criticables. Están sustentadas en las escisiones que venimos comentando (la escisión de las dimensiones de las mujeres, la escisión del cuerpo respecto del espíritu, la escisión de la gestación respecto de la maternidad), y en un énfasis —y al mismo tiempo, paradójicamente, en una desvaloración— de la biología y en las capacidades biológicas de las mujeres (“gestantes”, sobre todo).

## 5. LA BIOLOGIZACIÓN DE LA FILIACIÓN

La “maternidad subrogada” es (re)presentada también como una forma de privilegiar la paternidad/maternidad social (de los/as comitentes) sobre la maternidad biológica (de la madre gestante), y la voluntad como una forma de creación de vínculos familiares<sup>57</sup>, en definitiva, como “una forma más de filiación por la voluntad” (Farnós, 2016, p. 225). Una (re)presentación en la que puede percibirse es el eco de una idea que se ha sostenido en relación a las nuevas técnicas de reproducción asistida (con las que se suele equiparar la maternidad subrogada, como ya hemos dicho) que es la idea de que éstas vinieron a instaurar formas inéditas de parentalidad social.

De hecho, sin embargo, los nuevos métodos de procreación han llevado a articular —en lo que no es sino una decisión de política (legislativa)— vínculos biológicos y sociales, permitiendo reivindicar simultáneamente en

---

55. Fundamentalmente, porque el dualismo naturaleza/cultura que ha articulado el pensamiento occidental desde la antigüedad, ha sido puesto en cuestión. Entre otras corrientes, por la filosofía postmoderna, desde la cual se ha insistido en que lo biológico, lo natural, también puede ser objeto de construcción. Puede verse, al respecto: Butler, 2007.

56. Vid. la PLCiudadanos, en su art. 3, b) donde se define lo que se entiende por “mujer gestante por subrogación”, en concreto, “la mujer que, sin aportar material genético propio, consiente y acepta, mediante un contrato de gestación por subrogación, someterse a técnicas de reproducción asistida humana con el fin de dar a luz al hijo o hijos del progenitor o progenitores subrogantes, sin que, en ningún momento, se establezca vínculo de filiación entre la mujer gestante y el niño o niños que pudieran nacer”.

57. Vid. Igareda, 2015, pp. 15, 16; Cheliz, 2013, p. 30.

ciertos casos la preeminencia de lo biológico (o concretamente, lo genético) y, en otros casos, del vínculo social y de la voluntad<sup>58</sup>. Pero en la maternidad subrogada, la filiación se establece en base a una superposición de vínculos biológicos y sociales en la que es el vínculo biológico o genético el que está en la base, por más que la doctrina haya dicho que es difícil precisar qué sea lo biológico y qué lo cultural o lo social también en lo que a la filiación respecta<sup>59</sup>.

Ocurre así en las legislaciones que admiten la “maternidad subrogada”, donde se establece la filiación de los/as menores nacidos/as a favor de los padres/madres comitentes, uno de los cuales debe haber aportado sus gametos, normalmente el varón<sup>60</sup>. Y en legislaciones como la nuestra, en que el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho, pero, no obstante, para determinar la filiación de los/as hijos/as se fijan dos reglas que tratan de seguir a la filiación natural, que son las contenidas en el art. 10, párrafos 2 y 3 de la LTRHA: la filiación la determina el parto (o principio tradicional del *mater semper certa est*, que sirve para establecer la filiación materna respecto a la madre gestante<sup>61</sup>), y cabe la reivindicación de la paternidad biológica, genética<sup>62</sup> por parte del padre (lo que quiere decir que previamente tendría que haber aportado material biológico para que tenga sentido esa reclamación). Y es a esta segunda regla, que, en definitiva, no se sale del marco de la filiación natural, a la que están acordando más importancia la práctica administrativa de la DGRN y la jurisprudencia de los tribunales, que son los que ámbitos desde los que se está enfrentando la cuestión problemática de la filiación de los/as menores nacidos/as por

---

58. En el ordenamiento jurídico español se aprecian datos tanto en un sentido como en otro: por un lado, se potencia la averiguación de la verdad biológica debido a la generalización de los test de ADN (posibilidad reconocida en el artículo 39, 2 de nuestra Constitución y, por otro lado, se excluye lo genético como base de la paternidad cuando intervienen donantes de gametos, ya que se establece como regla general el anonimato del donante de gametos (art. 5.5 de la LTRHA) y también la imposibilidad de impugnar la filiación matrimonial del hijo/a nacido/a mediante fecundación con contribución de donante (s). *Vid.* el art. 8 de la LTRHA.

59. Así, Álvarez González admite que puede discutirse qué significa vínculo biológico, filiación biológica o realidad biológica (2017, p. 191).

60. Y ello ya se trate de sistemas de transferencia de la filiación de la gestante a la madre o padre comitentes con carácter previo al nacimiento, como es el caso de Grecia, o con posterioridad al nacimiento, como ocurre en Gran Bretaña.

61. Según el art. 10, 2 de la LTRHA, “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

62. Conforme a lo establecido en el punto 3 del artículo 10 de la LTRHA, en la gestación por sustitución, “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

maternidad subrogada en el extranjero de padres/madres (comitentes) españoles/as.

La práctica de la DGRN ha sido la de admitir la inscripción de la filiación de los/as menores aunque haya ido cambiando su parecer en cuanto al documento requerido para acceder al Registro Civil<sup>63</sup>, en mérito a un argumento constante que es el principio del interés superior de los menores —junto con el derecho de los/as menores a una identidad única—, interés que se vería afectado en caso de no proceder a la inscripción. Un principio que, por otra parte, no está desligado del vínculo biológico, genético con el padre (comitante) biológico<sup>64</sup>. La DGRN se inclina así, al igual que la mayor parte de la doctrina a favor de la maternidad subrogada<sup>65</sup>, por distinguir (escindir) entre la cuestión (insalvable) de la nulidad del contrato de gestación por sustitución, y la cuestión de la filiación de los/as menores.

La atención al vínculo biológico, genético, con el padre biológico, para determinar la filiación de los menores también se encuentra en la jurisprudencia española. Así, el Tribunal Supremo, aunque en los casos que se le han planteado está en contra de la inscripción de las actas de nacimiento extranjeras en el Registro Civil español porque dicha inscripción choca con el orden público internacional, en su argumentación vincula la protección del interés superior de los/as menores (en mérito al cual debe procederse a la inscripción) al dato biológico, a la paternidad biológica —genética— de alguno de los padres comitentes. En concreto, manifiesta que la protección del interés superior de los/as menores no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales, sino que habrá de partir, de ser ciertos, de la ruptura de todo vínculo de los/as menores con la mujer que les dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los/as menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales

---

63. *Vid.* la Resolución de 8 de febrero de 2009 de la DGRN y la Instrucción de 5 de octubre de 2010, ya comentadas más arriba.

64. El preámbulo o introducción de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN comienza precisamente aludiendo a las posibilidades que permite nuestra legislación de “atribuir la paternidad del nacido mediante esta técnica” y cómo permite tanto el ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo como la de reclamación por parte del padre biológico de la filiación paterna (introducción, segundo párrafo), y alude luego a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor (introducción, quinto párrafo).

65. En cambio, el Tribunal Supremo critica dicha disociación, indicando que la filiación no es una mera consecuencia del contrato de gestación por sustitución sino el objeto pretendido. *Vid.* su Sentencia del Tribunal Supremo núm. 835/2013, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2014, ya citada.

menores<sup>66</sup>. Y esta importancia concedida al vínculo biológico, genético, habría venido a corroborarla, de hecho, la jurisprudencia de su Sala de lo Social al aceptar el reconocimiento del derecho a prestaciones de maternidad de los padres/las madres comitentes, pues uno de los criterios para dicho reconocimiento es el vínculo biológico, genético, entre los padres/las madres comitentes y los/as niños/as vínculo que, además, es subrayado por el Tribunal Supremo<sup>67</sup>.

Unas líneas de actuación éstas, las de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que no distan de las de la jurisprudencia del TEDH. La posición del TEDH sería clara, según la doctrina española<sup>68</sup>: “la ausencia de admisión de la filiación derivada de los supuestos de gestación por sustitución [en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros donde no se admite la maternidad subrogada] cuando exista un *vínculo biológico*, contraría necesariamente ese interés (superior del niño) en su dimensión del derecho al respeto de la vida personal y familiar que, a su vez, integra el derecho a la propia identidad...”<sup>69</sup>. Y ello porque la identidad del menor —identidad ligada a lo biológico o “identidad biológica del menor”, como la denomina Quiñones (2017, p. 213)— forma parte de su derecho a la intimidad y puede verse afectada en caso de no reconocerse el vínculo de filiación —genético, en esencia— entre los padres comitentes y los/as menores por denegarse la inscripción de las actas de nacimiento (extranjas) en

---

66. Vid. la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 835/2013, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2014 (*Tol* 4.100.882) Fundamento Jurídico Quinto, punto 12. En el mismo sentido, aduciendo que una de las razones en base a las cuales ha defendido la adopción de medidas de protección de los menores es la existencia de un vínculo biológico del menor con uno de los comitentes, *vid.* el Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015 (*Tol* 4.722.714), Fundamento Jurídico Quinto, n.º 3. La segunda razón referida es la existencia de relaciones familiares de facto del menor con los comitentes.

67. Vid. la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 972/2017, de 30 de noviembre de 2017, Sala de lo Social (*Tol* 6.484.750), en recurso de casación para unificación de doctrina, en que el Tribunal Supremo resume la doctrina elaborada por él mismo en sentencias anteriores, recogiendo como uno de los argumentos el referido en su punto 6 (Fundamento Jurídico Segundo, Introducción, punto 6, y también el epígrafe 2).

68. Así lo estima Álvarez (2017, 191). En la misma línea, García Rubio/Herrero Oviedo (2018, p. 81). En cambio, Presno Linera, Jiménez consideran que la relevancia que la jurisprudencia del TEDH da al vínculo biológico es menos decisiva (*vid.* Presno Linera y Jiménez Blanco, 2014, p. 35).

69. El cómo deba admitirse esa filiación en los ordenamientos jurídicos internos es otra cuestión, según Álvarez González, pues, según este autor, de la jurisprudencia del TEDH no se deriva si esa admisión debe ser a través del reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero o a través de una vía de Derecho interno (Álvarez, 2017, p. 191).

el Registro Civil francés<sup>70</sup>. E incluso el TEDH llega a admitir expresamente la importancia de dicho vínculo<sup>71</sup>.

El reciente Dictamen del TEDH, de 10 de abril de 2019<sup>72</sup>, en el que el TEDH expresa *su opinión* de que los Estados miembros contemplen en sus legislaciones la posibilidad de reconocer una relación jurídica paterno-filial con la madre comitente designada en los certificados de nacimiento en el extranjero como “madre legítima”, en los casos de los/as menores nacido/as en el extranjero a través de un acuerdo de gestación subrogada utilizando *los gametos del padre comitente* y de una tercera donante<sup>73</sup>, vendría a ratificar la misma pauta (la importancia del vínculo genético, biológico, en definitiva), aunque al mismo tiempo tienda al reconocimiento de la maternidad social. Concretamente, puede percibirse la misma articulación entre el vínculo genético con el padre y el vínculo social con la madre comitente (vínculo cuyo establecimiento tiene como marco la filiación paterna previamente establecida), una articulación en que, además, y quizás por las características de los casos acotados sobre los que versa el Dictamen, se procura reproducir el modelo heterosexual de familia y de reproducción.

El TEDH tiene en cuenta la relación entre el/la menor y la madre comitente, fundamentalmente porque la falta de reconocimiento de la

---

70. Así en los casos *Mennesson c. Francia* (n.º 65192/11, TEDH 2014, *Labassee c. Francia* n.º 65941/11, de 26 de junio de 2014; *Foulon y Bouvet c. Francia*, n.º 9063/14 y n.º 10410/14, de 21 de junio de 2016; y el más reciente, el caso *Laborie c. Francia*, n.º 44024/13, de 19 de enero de 2017. Asimismo, en la sentencia del TEDH en el caso *Paradiso y Campanelli* contra Italia (Demanda n.º 25358/12, sentencia de 24 de enero de 2017), en que el Tribunal manifiesta que no se dan dos parámetros considerados en el caso *Mennesson*: la existencia de un vínculo biológico, genético entre el niño y el padre, y la convivencia prolongada del niño con los padres comitentes y, en consecuencia, estima que la actuación de las autoridades nacionales (que fue la de denegar la transcripción del certificado de nacimiento emitido en el extranjero y declarar el abandono del menor y su adoptabilidad) no vulneró el artículo 8 del CEDH

71. En la sentencia del caso *Mennesson c. Francia*, el TEDH sostuvo que se había vulnerado el derecho a la vida privada de las menores —dos niñas nacidas en California a través de un acuerdo de gestación subrogada— porque este derecho, que implica que toda persona pueda establecer su identidad como ser humano individual, lo que incluye la relación paterno-filial, se vio afectado por la falta de reconocimiento en la legislación francesa de la relación jurídica paterno-filial entre las niñas y los progenitores comitentes. El TEDH expresaba concretamente cómo “en el análisis adquiriría una dimensión especial en el caso en cuestión el que uno de los padres comitentes era también el padre biológico, y la importancia de la filiación biológica como componente de la identidad (*Vid.* el párrafo 100 de la sentencia).

72. Dictamen del TEDH en relación con el reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente, Gran Sala, Estrasburgo, 10 de abril de 2019.

73. Como precisa el propio Tribunal Europeo (*vid.* su Dictamen de 10 de abril de 2019, ya mencionado, p. 15).

misma tiene un impacto negativo en varios aspectos del derecho del/a menor al respeto de su vida privada<sup>74</sup>. Pero no contempla el supuesto en que la madre de intención o madre comitente aporte material genético (el Tribunal especifica que emite su opinión en casos en que hay una “tercera donante”, lo que como muy bien señala Álvarez, llevaría a preguntarse qué es la madre “biológica” cuya determinación de la filiación se constituye en un indefectible para el respeto a la vida personal y familiar del nacido<sup>75</sup>) y, sobre todo, omite abordar la situación de las madres “gestantes por subrogación”<sup>76</sup>.

En resumen, a la vista de las prácticas administrativas de la DGRN y de la jurisprudencia nacional y europea puede decirse que lo que la “maternidad subrogada” privilegia es la maternidad/paternidad biológica. Es la filiación natural la que constituye el objeto de interés, y sobre todo la filiación genética, paterna. El fin de protección del interés del/la menor, conectado al vínculo biológico o, mejor dicho, genético, de los/as menores nacidos/as con los padres comitentes (no precisamente con la madre gestante por sustitución), son los criterios tenidos en cuenta para reconocer la filiación, a efectos de que así se procure seguridad jurídica a la filiación<sup>77</sup> y la identidad

---

74. *Vid.* el Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019, párrafo 40.

75. Álvarez, 2017, p. 192.

76. El Tribunal, por un lado, dice referirse a los supuestos en que interviene una tercera donante, supuestos que, a tenor de lo expresado por el Tribunal, no son aquellos en que para la gestación subrogada se utilizan óvulos de la madre comitente (aunque reconoce que de ser así, habrá de darse un tratamiento similar al ahora proyectado, esto es, que “con mayor razón se ejerce la exigencia de prever la posibilidad de reconocer la relación jurídica entre el niño y la madre comitente) ni tampoco aquellos en que se utilizan óvulos de la gestante subrogada, a la que también se refiere como “las madres de alquiler”, porque en los supuestos que motivaron sus sentencias fue efectivamente así (intervino una tercera donante) (*vid. Dictamen*, párrafos 27, 28 y 29, 45, 47). Pero a lo expresado por el Tribunal Europeo cabe objetar que si bien es verdad que no se trata de una gestación por sustitución tradicional como él mismo señala (porque la gestante no aporta sus óvulos), también en el caso en que no se utilizan gametos de la madre gestante se está ante una maternidad subrogada, precisamente la de tipo gestacional (*vid.* las modalidades de gestación por sustitución en Farnós, 2016, p. 196).

77. Es el caso de Emaldi, para quien al menos uno de los futuros padres debería aportar la carga genética, es decir, los óvulos o los espermatozoides o bien, directamente, aportar el embrión. Así, existiría un nexo de unión entre las personas comitentes y el nacido mediante estas técnicas evitando así conflictos éticos por la posible compra-venta de niños y, además, serían biológicamente sus progenitores por lo que podrían reclamar la maternidad-paternidad legal (Emaldi, 2018, p. 125). En la misma línea, y subrayando además la importancia del vínculo biológico o genético como forma de garantía en casos de cambio de opinión de la gestante o de divorcio de los comitentes, *vid.* Farnós, 2016, p. 228.

(la cual incluiría el derecho a conocer sus orígenes biológicos<sup>78</sup>) de los/as menores. Sin embargo, esta biologización, o tendencia a la naturalización de la filiación —la última Instrucción de la DGRN<sup>79</sup> aun dejada sin efecto por el Gobierno es bastante ilustrativa al respecto— supone, si tenemos en cuenta las tesis de algunas autoras, una apropiación por parte de los hombres de las capacidades reproductivas de las mujeres<sup>80</sup> y, lo que es más criticable, invisibiliza a las “mujeres gestantes”. Sin ir más lejos, el Tribunal Supremo, que dice no ser partidario de la inscripción de los/as menores nacidos/as en el Registro Civil porque con ello considera que la “gestación por sustitución” es contraria a la dignidad de la mujer y del niño nacido por subrogación<sup>81</sup>, al aceptar el reconocimiento de permisos de maternidad a los padres/las madres comitentes (en interés de los/as menores, pensando en su cuidado o en preservar la relación entre aquéllos/as y los padres/las madres comitentes<sup>82</sup>), llega a expresarse en términos peyorativos en relación a las madres “gestantes”, atribuyéndoles la voluntad de permanecer delibera-

---

78. Aunque en el plano internacional ningún convenio reconoce expresamente un derecho a conocer los orígenes biológicos, hay autoras que entienden que el derecho a la identidad es un derecho reconocido en convenciones internacionales y comprende el derecho de los/as niños/as a conocer sus orígenes biológicos (*vid.* Durán y Lalaguna, 2009, p. 285). De ahí que haya otras que insistan en el levantamiento del anonimato de los donantes de gametos o de embriones en las legislaciones que tienen establecido dicho anonimato, como es el caso de la nuestra (*vid.* Igareda, 2014, p. 249; Farnós, 2016, p. 227). No obstante, el énfasis en la identidad, que es un énfasis en el dato biológico, es considerado por algunos autores/as como una obsesión por una identidad supuestamente verdadera, que peca, por tanto, de esencialista (*vid.* al respecto: Maffia, 2011, p. 303).

79. Nos referimos a la Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019, más arriba mencionada, a favor de la inscripción de los/as menores nacidos en el extranjero maternidad subrogada mediante la presentación de una prueba de ADN que certifique la paternidad (Instrucción dejada sin efecto por el Gobierno), una pauta que quizás estableció la DGRN haciéndose eco de la atención que prestan al vínculo genético (entre los/as menores y el padre biológico, genético) la jurisprudencia del TEDH y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

80. Algunas autoras ya criticaron hace tiempo lo que inclinarse hacia este tipo de filiación paterna genética puede suponer: en concreto, una apropiación por parte de los hombres de las capacidades reproductivas de las mujeres (*vid.* Pitch, 2003, p. 67); y también una desigualdad en relación a la madre genética o madre de deseo, ya que nuestra legislación no permite que la madre genética o madre de deseo pueda reclamar la maternidad legal, mientras el donante de esperma o padre biológico sí puede reclamar la paternidad legal del recién nacido (así, Souto Galván, 2006, p. 188).

81. *Vid.* la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 835/2013, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2014 (*Tol 4.100.882*) Fundamento de Derecho Tercero, punto 6, y Quinto, punto 7., 10.

82. Sigue la tónica que ha ido adoptando el permiso de maternidad en nuestro ordenamiento jurídico, como permiso cuyo fin no es la protección de las madres concretas sino de la función de maternidad y lo que ésta procura, la reproducción y el cuidado de la vida (González, 2012, pp. 44, 45).

damente al margen del núcleo familiar<sup>83</sup> desconociendo así en qué medida pueden haber visto condicionada su autonomía (por ejemplo a la hora de tener que renunciar al hijo/a), y desconociendo también la relación que existe entre la madre “gestante” (por sustitución) y el/la hijo/a, relación que igualmente debería ser digna de protección. Y, el TEDH, por su parte, quiere propiciar el reconocimiento de la relación de filiación del niño/a nacido mediante maternidad subrogada con la madre comitente, pero invisibiliza a las mujeres “gestantes”<sup>84</sup>.

## 6. EN CONCLUSIÓN

Es posible que estemos ante “un proceso de santificación de la maternidad subrogada”, como han expresado algunas autoras en relación con la jurisprudencia del TEDH<sup>85</sup>. Pero este proceso, que no se reduce sólo a esa jurisprudencia, sería un proceso biopolítico: tiene que ver con el interés de los Estados en los procesos naturales (o asimilados a los naturales) de la vida humana, en el aumento, en la multiplicación y preservación de la vida humana, y en su administración y control. La “maternidad subrogada”, y esto es lo que hemos querido demostrar en este trabajo, constituye una manifestación y, al mismo tiempo, un campo de ejercicio de la biopolítica y del biopoder (entendidos éstos en el sentido en que los describió y, sobre todo, criticó, Michel Foucault), como lo ponen en evidencia determinadas pautas presentes en los discursos que pugnan por su legitimación y legalización.

Así, la (re)presentación de la “maternidad subrogada” como una “técnica” para resolver un problema de salud (denominado de forma deliberadamente imprecisa como “esterilidad”, “infertilidad” o “infecundidad”), supone la extensión a aquélla de un argumento utilizado para legitimar las biotecnologías reproductivas, un argumento que al sintonizar con el protagonismo que tienen la vida y la salud en nuestros días, genera menos resistencias. No obstante, la óptica de la vida y de la salud, que no deja de

---

83. Vid. la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 972/2017, de 30 de noviembre (*Tol 6.484.750*), Fundamento Jurídico Segundo, epígrafe 3, y epígrafe 5, segundo párrafo).

84. En su reciente Dictamen, al que nos hemos referido más arriba, el Tribunal Europeo invisibiliza a las mujeres “gestantes”, las cuales necesariamente tienen que haber intervenido en la gestación (aun en los casos sobre los que versa el Dictamen, de aporte de material genético de una “tercera donante”, casos que son precisamente en los que más se hace evidente la objetificación de las mujeres gestantes).

85. García Rubio y Herrero Oviedo, 2018, p. 78.



ser una óptica biopolítica, está asentada sobre la idea de la carencia, que se ha traducido en una mayor intervención sobre las mujeres con problemas reproductivos, para lograr que alcancen el estándar de normalidad —representado por la maternidad—, aun a costa de su vida y de su salud y, en la actualidad, con la difusión de las prácticas de “maternidad subrogada”, a costa de la vida y la salud de las mujeres “gestantes por subrogación”. Por tanto, el argumento (plasmado en iniciativas legislativas y defendido por un sector de la doctrina) de que es necesario legalizar la maternidad subrogada porque así se resuelve un problema de salud (de las personas infértiles o infecundas), debe ser reconsiderado.

Paradójicamente, la “maternidad subrogada” al mismo tiempo que es (re)presentada como “técnica” que resuelve un problema de salud, también lo es como forma de ejercicio de la libertad, de la autonomía, o de los derechos a fundar una familia o a la reproducción (particularmente por parte de hombres solos y parejas de homosexuales), derechos en los que se cuestiona que tenga encaje la “maternidad subrogada”. Sobre todo, la “maternidad subrogada” es considerada como un ejercicio de la libertad (“empresarial” o contractual) libertad que se concreta en un “contrato de subrogación” que suscriben los/as madres/padres comitentes con la mujer “gestante” (por subrogación). Sin embargo, la libertad tiende a darse por presupuesta. No se tienen en cuenta —y es difícil dar cuenta de los condicionantes (no sólo económicos sino también personales, sociales, estructurales, en definitiva) de la autonomía de las mujeres, sobre todo de las mujeres “gestantes”, que actúan *antes* de vincularse éstas por medio del faústico” contrato de subrogación”. Por ello, presuponer que las partes son libres al contratar —cuando no lo son— y remitir a ellas la responsabilidad por las prácticas a que se someten, no es más que una forma de “biopolítica delegada”. Los dispositivos biopolíticos (médicos/as, notarios/as) realizan una somera verificación “narrativa” de la autonomía más que una constatación fehaciente de si se da o no una auténtica autonomía. Con lo cual, por otra parte, se favorece la consecución del objetivo: la reproducción de la vida humana, “hacer vivir”.

Y los intereses biopolíticos también estarían detrás de la (re)presentación de la “maternidad subrogada” como una “técnica” que trata únicamente con las capacidades biológicas de las mujeres, una (re)presentación que supone escindir —en el terreno práctico y también en el discursivo—, las dimensiones biológica, corporal y psíquica de las mujeres, y que resulta nuevamente paradójica. Contrasta palmariamente con otro de los argumentos que se esgrime para la legalización de la “maternidad subrogada”, el argumento de que fomenta la paternidad/maternidad social cuando en realidad esta paternidad/maternidad que se pretende no deja de estar erigida, superpuesta, sobre el dato biológico (gestación, genética), sobre la biologización

de la filiación, como puede percibirse en la doctrina y en la jurisprudencia española y europea, a favor de la protección del interés de los/as menores nacidos/as por “maternidad subrogada” mediante el reconocimiento de su filiación en base al vínculo genético con los/as padres/madres comitentes, y más en concreto, con el padre biológico, genético.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alkorta Idiákez, Itziar (2006). Nuevos límites del derecho a procrear. *Derecho Privado y Constitución*, n.º 20, enero-diciembre, 9-61.
- Álvarez González, Santiago (2017). Gestación por sustitución y orden público. *Indret* 2/2017, 165-200.
- Álvarez González, Santiago (2013). 3.2. Filiación derivada de gestación por sustitución y derechos sociales. *REDI*, vol. LXV/1 (2013), 239-243.
- Amador Jiménez, Mónica (2010). Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India. *CS*, n.º 6, julio-diciembre 2010, 193-217.
- Angeloff, Tania (2015) Corps sous emprises. Biopolitique et sexualité au Nord et au Sud. *Travail, genre et sociétés*, 2015/2, n.º 34, 31-38.
- Arendt, Hannah (2011). *La condición humana*. Barcelona: Paidós, Colección Surcos 15, 1.ª ed. 2005.
- Atienza, Manuel (2008). Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida. *Revista de Bioética y Derecho*, 14, 4-9.
- Ba Sene, Fatou (2017). Le libéralisme comme technologie de gouvernementalité. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2017/2, vol. 79, 117-130.
- Balza Múgica, Isabel (2018). Una biopolítica feminista de la carne: la gestación subrogada como ejemplo de los vínculos de opresión entre las mujeres y los animales no humanos. *Asparkia*, 33, 27-44.
- Brunet, Laurence (dir.) (2012). *El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE*, Dirección General de Políticas Interiores, Departamento temático C: Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales, Parlamento Europeo, 2012.
- Butler, Judith (2007). *El género en disputa*. Barcelona: Paidós, 1.ª ed. 1997.
- Cambrón, Ascensión Infante (2001). Fecundación in vitro y agresiones al cuerpo de la mujer: una aproximación desde la perspectiva de los derechos. En Ascensión Cambrón (Coord.). *Reproducción asistida: promesas, norma y realidad* (pp. 165-210). Madrid: Trotta. Disponible también en: [http://webs.uvigo.es/pmayobre/06/arch/profesorado/ascension\\_cambron/fecundacion.pdf](http://webs.uvigo.es/pmayobre/06/arch/profesorado/ascension_cambron/fecundacion.pdf) [Consultada: 16/03/2019]
- Camps, Victoria (2011). La autonomía, el principio «por defecto». *Bioética & Debat*, n.º 17 (62), 11-13.
- Corral García, Eduardo (2013). El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada? *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 38/2013, 45-69.

- Cheliz, Carmen (2013). La gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español: situación de la mujer gestante, problemática y efectos. *Aequalitas*, n.º 32, enero-junio 2013, 30-36.
- Chetouani, Lamria (1995). Procréation ou contraception? De la bioéthique à la biopolitique. *Mots*, n.º 44, septiembre 1995. Discours sur la bioéthique, 73-98.
- Deutscher, Penelope (2008). The Inversión of Exceptionality: Foucault, Agamben and “Reproductive Rights”. *South Atlantic Quarterly*, 107 (I), 55-70.
- Durán y Lalaguna, Paloma (2009). Capítulo 5. Cuestiones de bioética. En Paloma Durán y Lalaguna. *Nuevos retos para el Derecho*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2009, 231-289.
- Emaldi Cirión, Aitziber (2018). La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica. La imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español: cambio legislativo o cumplimiento de la ley. *Dilemata*, n.º 28, 123-135.
- Farnós Amorós, Esther (2015). La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. necesidad de armonización. *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIX, junio 2015, 175-201.
- Farnós Amorós, Esther (2016). ¿Debe permitirse la gestación por sustitución en España? Estado de la cuestión y algunas reflexiones. En María Casado y Ana Rubio (Coords.). *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico* (pp. 193-233). México: Fontamara.
- Fassin, Eric (2012). Sous la bioéthique, la bio-politique. Disponible en: <http://www.raison-publique.fr> [Consultada: 16/3/2019]
- Foucault, Michel (1987) [1977]. *Historia de la sexualidad. 1. La voluntad de saber*, México: Siglo XXI editores.
- Foucault, Michel (2012) [1976]. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, México: Biblioteca Nueva, Siglo XXI editores.
- Foucault, Michel (2009). *Nacimiento de la biopolítica: Curso del Collège de France (1978-1979)*. Madrid: Akal.
- Frison-Roche, Marie-Anne (2018). *GPA: dire oui ou dire non*. París: Dalloz.
- García Rubio, María Paz y Herrero Oviedo, Margarita (2018). Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52 (2018), 67-89.
- González Moreno, Juana María (2017). *La autonomía reproductiva de las mujeres: los límites del Derecho*. Oviedo: Trabe.
- González Moreno, Juana María (2012). El Derecho de la Unión Europea en torno a la conciliación de la vida familiar y laboral y su articulación conforme a la dicotomía público/privado. *Quaderns de Recerca (Bellaterra)*, n.º 14, Institut Universitari d'Estudis Europeus, 60 pp. <http://ddd.uab.cat/record/102271>
- Heller, Ágnes y Fehér, Ferenc (1995). *Biopolítica. La modernidad y la liberación del cuerpo*. Barcelona: Península.

- Igareda González, Noelia (2015). La inmutabilidad del principio “mater sempre certa est” y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n.º 21, enero 2015, 3-19.
- Igareda González, Noelia (2014). El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos. *Derechos y Libertades*, n.º 31, Época II, junio 2014, 227-249.
- Lamm, Eleanor (2012). Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. *InDret* 3/2012, 48 páginas.
- Lara Aguado, María Ángeles (2018). La gestación subrogada: ¿una forma de liberación o de esclavitud de la mujer?”, *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, n.º 8, junio.
- Lipovetsky, Gilles (2007). *La felicidad paradójica. Ensayo sobre la sociedad de hiperconsumo*. Barcelona: Anagrama.
- López Guzmán, José y Aparisi Miralles, Ángela (2012). Aproximación a la problemática ética de la maternidad subrogada. *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012/2.ª, 253-267.
- Maffia, Diana (2011). 13. Tecnología y control social de los cuerpos sexuados. En Marília Gomes de Carvalho (org.): *Ciência, Tecnologia e Gênero: abordagens iberoamericanas* (pp. 297-305). Brasil: Editora UTPFR.
- Memmi, Dominique (2003a). Archaisme et modernité de la biopolitique contemporaine: l’ interruption médicale de la grossesse. *Raisons politiques*, 2003/1, 9, 125-139.
- Memmi, Dominique (2003b). *Faire vivre et laisser mourir. Le gouvernement contemporain de la naissance et de la mort*. Paris: La Découverte.
- Memmi, Dominique (2006). Du gouvernement des corps par la parole. *Spirale*, 2006/1, n.º 37, 51-55.
- Memmi, Dominique y Taïeb, Emmanuel (2009). Les recompositions du “faire mourir”: vers une biopolitique d’ institution. *Sociétés contemporaines*, 2009/3, 75, 5-15.
- Mill, John Stuart (1991). *Sobre la libertad y otros escritos*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Colección Clásicos, Núm. 11.
- Mills, Catherine (2017). Biopolitics and Human Reproduction. In Prozorov, S. and Rentea, S. (eds.): *The Routledge Handbook of Biopolitics* (pp. 281-294). Abingdon Oxon UK: Routledge.
- Pateman, Carol (1995). *El contrato sexual*. Barcelona: Anthropos, México: Universidad Autónoma Metropolitana, Iztapalapa, 1.ª ed. 1988.
- Peces Barba, Gregorio (1995). *Curso de Derechos fundamentales. Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado.
- Pérez Sedeño, Eulalia (2017). Promesas biotecnológicas. Determinismo genético, cáncer y maternidad por sustitución: un análisis crítico. *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, Suplemento 6 (2017), 27-40.
- Pitch, Tamar (2003). *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Madrid: Trotta, 1.ª ed. 1998.

- Presno Linera, Miguel A. y Jiménez Blanco, Pilar (2014). “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Civitas, Revista Española de Derecho Europeo*, 51, 9-44.
- Puigpelat Martí, Francesca (2008). Los derechos reproductivos de las mujeres: interrupción voluntaria del embarazo y maternidad subrogada. En Juan A. Cruz Parceró y Rodolfo Vásquez (coords.): *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres* (pp. 159-182). México: Editorial Fontamara, Colección Género, Derecho y Justicia, Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Quiñones Escámez, A. (2017). El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad pública conforme a la ley, *Indret* 2/2017, 201-251.
- Romeo Casabona, Carlos María (2018). Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿Aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución? *Dilemata*, n.º 28, 109-121.
- Salazar Benítez, Óscar (2017). La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos. *Revista de Derecho Político*, n.º 99, mayo-agosto 2017, 79-120.
- Satz, Debra (2015). *Por qué algunas cosas no deberían estar en venta. Los límites morales del mercado*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Shalev, Carmel (1992). *Nascere per contratto*. Milano: Giuffrè editore.
- Souto Galván, Beatriz (2006). Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución. *Feminismo/s*, diciembre de 2006, 181-195.
- Tubert, Silvia (ed.) (2003). *Figuras de la madre*. Valencia: Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer, Colección Feminismos, 1.ª ed. 1996.
- Vela Sánchez, Antonio J. (2011). La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. *La Ley*, abril 2011, 13 páginas.